

信息网络传播行为的认定

刘文杰*

内容提要：围绕着作品传播，存在两类性质不同的行为。一类是将作品本身作为最终产品的行为，可以称为“内容提供”，另一类是不过问作品内容只为他人的内容提供援以技术设备辅助的行为，可以称为“技术支持”。区分内容提供与技术支持，其标准不在于支持内容传播的技术特征，而在于将内容向公众开放或传播的意思支配。具体来说，内容提供表现为发起作品的开放或有体/无体传输，从而使行为人处在可就作品本身向用户收取对价的位置上。信息网络传播权的设立是为了因应新技术带来的网络用户在其选定的时间和地点得以接触作品的可能性，自备服务器提供作品只是可能性之一种，将利用他人服务器乃至不依赖服务器而提供“选定时间和地点”服务纳入信息网络传播权的范围，才更符合该项权利之设立宗旨。单就网页传播而言，可以通过观察服务商网页源代码的编写方式来区分内容提供与技术支持。一般来说，如果代码指向的网页呈现只是一个链接标识，属于技术支持，如果代码旨在将内容本身调入网页，则属于内容提供。

关键词：信息网络传播行为 服务器标准 用户感知标准 加框链接 网页源代码

通过互联网接触和获得作品已经成为内容消费的主要方式之一，传统媒介所占据的地盘一再被互联网所蚕食。对于著作权人而言，失去对互联网传播的控制几乎意味着失去未来。^{〔1〕}以网络为媒介的传播形态是多种多样的，其中对著作权人利益影响最剧者当属互动式向公众传播，也就是“使公众可以自己选择在什么时间和地点接触作品”。本文要讨论的即是互动式向公众传播在著作权法上的涵义，围绕这个问题，学说实务始终存在极大的争议。

* 中国传媒大学文法学部副教授。

〔1〕 来自中国互联网络信息中心（CNNIC）2015年的统计数据显示，我国网络游戏用户规模达到3.66亿，网络文学用户规模为2.94亿，网络视频用户规模达4.33亿，方兴未艾的网络电视使用率已达15.6%。对于热播的电视剧，38.8%的视频用户选择直接在网上看，20.7%的用户选择大部分在网上看，直接在电视上收看的仅占14.9%。参见《中国互联网络发展状况统计报告》（2015年1月），http://www.cnnic.net.cn/hlwfzyj/hl-wxzb/g/hlwtjbg/201502/t20150203_51634.htm，2015年7月22日最后访问。

一、问题的提出：服务器标准抑或用户感知标准

著作权法上，有关信息网络传播权的规定是调整互联网环境下作品传播的核心条款。根据我国著作权法第10条第1款第12项之规定，所谓信息网络传播权，是指著作权人对信息网络传播行为的排他性控制权，信息网络传播行为是指“以有线或无线方式向公众提供作品，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品”。法律上虽然有其明定，实务学说围绕着信息网络传播行为的含义却始终存在着争议，尤其表现为服务器标准和用户感知标准之争。

（一）用户感知标准及其问题

用户感知标准是指，是否实施了信息网络传播行为，以网络用户的感知体验为标准。用户在浏览页面时认为特定主体是作品的在线提供者，那么该主体就是信息网络传播行为的实施者，其是否实际支配服务器在所不论。用户感知标准最初系针对搜索链接服务商的某些行为而提出。这些行为的特征在于，用户可以直接在搜索页面打开、浏览或下载作品，用户浏览器不再跳转到实际存储作品的网站页面。^{〔2〕}有法院认为，此时被告的行为已超出了“给出查询结果、提供相应的摘要信息”的搜索引擎的服务范围，其行为不是在提供查询信息，而是在直接利用作品营利。^{〔3〕}

但是，用户感知标准存在着逻辑上难以自洽的问题。首先，该标准里的服务商只不过是用户印象里的作品提供者，这等于承认其不一定是真正的作品提供者，作品提供者可能另有其人。既然如此，追究服务商的作品提供者责任就过于牵强。持服务器标准者正是抓住了这一点对用户感知标准加以反驳，认为作品若没有存储在服务商的服务器中，则其提供的服务本质上依然属于链接通道服务。此时，一旦被链接网站的网址发生变化，或者网站采取加密等限制访问措施，访问要求就会落空。对于链接服务商，注意力应该放在其所收集信息的选择、编排和整理上，在此过程中，其有义务对相关作品或制品的合法性加以审查，而其过错也表现为对第三人（真正的作品提供者）侵权的参与和帮助。^{〔4〕}

其次，用户感知标准的着力点在用户的认知上，用户认为服务商是作品提供者，则法院应以为是，用户不认为服务商是作品提供者，则法院应以为非。这就偏离了著作权法的原则，因为是否构成作品提供由法律决定之，而非以用户印象为转移。打着他人旗号从事作品的复制、发行、放映，仍由假冒者而不是被假冒者承担著作权侵权责任。一家网站将自己的首页设计成与另一家网站首页相同或近似，在IP网址或中文域名上亦力求近似，对其侵权传播行为仍自行负责，不因用户产生了传播者为被假冒网站的印象而有不同。正如

〔2〕 参见《山东省高级人民法院关于济宁之窗信息有限公司网络链接行为是否侵犯录音制品制作者权、信息网络传播权及赔偿数额如何计算问题的请示》。最高人民法院以（2005）民三他字第2号函作了回复，认定网络服务提供者必须明知侵权，或者经著作权人提出确有证据的侵权警告，仍然提供链接服务的，才承担法律责任。依据此函，济宁之窗不必对其因深度链接而致的网络传播行为负法律责任，故原告撤回了起诉。

〔3〕 参见上海步升音乐文化传播有限公司诉北京百度网讯科技有限公司录音制品制作者权侵权纠纷案，北京市海淀区人民法院（2005）海民初字第14665号民事判决书。

〔4〕 参见正东唱片有限公司诉北京世纪悦博科技有限公司侵犯录音制品制作者权纠纷案，北京市高级人民法院（2004）高民终字第713号民事判决书。

美国联邦第九巡回上诉法院在谷歌图片搜索案中正确指出的那样，用户误认与否不是一个版权法问题。它可能涉及反不正当竞争法或商标法，但与版权法无关。^{〔5〕}

（二）服务器标准及其问题

服务器标准强调对开放服务器的实际支配，所谓信息网络传播行为表现为将作品上传至或以其他方式置于向公众开放的网络服务器，使公众可以在其选定的时间和地点获得作品。该标准将著作权法中的“以有线或无线方式向公众提供作品，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品”阐释为“通过自己的服务器向公众提供作品”。^{〔6〕}

目前，服务器标准是司法实践中认定信息网络传播行为的主流标准。最高人民法院《关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》（法释〔2012〕20号，以下简称“侵害信息网络传播权司法解释”）第3条第2款明确采纳这一标准。^{〔7〕}而在该司法解释出台以前，北京市高级人民法院在其《关于审理涉及网络环境下著作权纠纷案件若干问题的指导意见（一）（试行）》（京高法发〔2010〕166号，以下简称“网络著作权指导意见”）第2条中已经确立了该标准。^{〔8〕}更早以前，该标准在美国得到了联邦第九巡回上诉法院的认可。^{〔9〕}

但是，服务器标准同样值得商榷。

先看上传行为是否应当构成信息网络传播行为的要件。所谓上传，是指将文件从一个终端存储设备传输到另一个终端服务器，也包括事先无存储的即时生成文件。称为上传（upload），不过是强调接收文件的服务器在网络的另一端而已。那么，上传是否为信息网络传播行为不可缺少的组成部分呢？不妨设想以下情况：一个网络用户上传了一些文件到自己的网盘，不对公众开放，管理网盘的服务商随后未经用户许可而开放该网盘。这种情况下，只有服务商是信息网络传播行为的实施者，虽然他不曾上传文件。

由此可知，上传可能是实施信息网络传播行为的前提，但不必然是信息网络传播行为本身，就像书店销售盗版图书需要以图书运抵书店为前提，但送货行为并非销售行为一样。

〔5〕 Perfect 10, Inc. v. Google Inc., 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007).

〔6〕 相关论述可参见王迁：《网络环境中的著作权保护研究》，法律出版社2011年版，第339页以下。

〔7〕 该款规定：通过上传到网络服务器、设置共享文件或者利用文件分享软件等方式，将作品、表演、录音录像制品置于信息网络中，使公众能够在个人选定的时间和地点以下载、浏览或者其他方式获得的，人民法院应当认定其实施了前款规定的提供行为。

〔8〕 该指导意见第2条第2款规定：将作品、表演、录音录像制品上传至或以其他方式置于向公众开放的网络服务器中，使作品、表演、录音录像制品处于公众可以在选定的时间和地点下载、浏览或以其他方式在线获得，即构成信息网络传播行为，无需当事人举证证明实际进行过下载、浏览或以其他方式在线获得的事实。

〔9〕 在谷歌图片搜索一案中，谷歌网站通过所谓嵌入式链接（framing，国内又译为加框链接），使得谷歌自己的搜索结果与第三方网页同时呈现于用户电脑屏幕，且谷歌内容在上部，第三方页面在下部，浏览器地址栏显示的是“谷歌图片”网址，这让一般网络用户产生浏览器打开的图片并非来自第三方网站，而是来自谷歌网站的印象。版权人主张谷歌实施了对作品的公开展示行为（public display），构成直接侵权，却被一、二审法院予以驳回，理由正是作品处于第三方网站的服务器，谷歌自身并未实际存储作品。Perfect 10, Inc. v. Google Inc., 416 F. Supp. 2d 828 (C. D. Cal. 2006)；508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007)。而在与本案情况类似的Hard Rock一案中，美国纽约南区法院判令，被告停止对使用争议商标推销CD的第三方网站设框，该第三方网站侵犯了原告的商标权。法院认为，涉及对内容设框时，认定直接商标侵权与否决定于屏幕上的两个框架（two frames）在多大程度上“无缝融合”（“smoothly integrated”）。但是，谷歌案一审法院认为，Hard Rock是一个商标侵权案件，涉及的主要是混淆和假冒，版权案件不必追随该案原则，以设链网站内容与被链网站内容在用户屏幕上是否无缝融合为标准来判断侵权。Hard Rock Cafe Int'l (USA) Inc. v. Morton, No. 97 Civ. 9483, 1999 WL 717995 (S. D. N. Y. Sept. 9, 1999) (unreported).

无论是“上传到网络服务器”、“设置共享文件”还是“利用文件分享软件”，都不是信息网络传播行为的本质，使存储于某处的文件“能够被公众以有线或无线方式访问”才是其本质。真正的信息网络传播行为人是那个为公众打开作品仓库之门的人，而不是送货人或仓库保管员。

再来看对服务器实体的支配是否应当构成信息网络传播行为的要件。支持服务器标准的一个主要理由是，只有服务器的实际支配人才能控制内容，纵使他人对内容设置链接，但服务器的开放或关闭并不受链接商的控制，一旦服务器支配人关闭服务器，或为内容设置访问限制，公众就无法再通过链接来接触内容。^[10]这一理由听起来似有道理，实际上难以成立。

一个网络用户在开放的网络论坛上发帖或上传文件，服务器并不属于这个用户，也不受他支配。上传文件之后，用户往往连撤回的权利都没有，如果说信息网络传播以支配服务器为要件，就只能认定该用户未实施网络传播行为。服务商一方虽然决定着服务器的开和关，但也不构成网络传播，因为他所做的仅仅提供信息存储空间，内容怎样与他无关。这样一来，严格执行服务器标准，会出现作品处在公众可访问的状态却无人进行过网络传播的奇异现象。由此可以看出，实施信息网络传播行为与否，关键并不在服务器受谁支配，而在于服务器的存储功能为谁所用。向网络论坛上传文件，就属于利用服务器的开放存储功能，从而构成网络传播，从开放的他人服务器调取文件发送给公众，即使自身不进行存储，也完全可能构成网络传播。

至于服务器支配人可以关闭服务器、移除服务器上存储的材料或为服务器上的内容设置访问限制，并不改变服务器未关闭、材料未移除及未设置访问限制时内容任人调取的事实。^[11]信息网络传播权定义中的“个人选定时间”并非指永远，而是指“并非瞬间”，事实上也没有什么服务器能永远开放，哪怕服务器只开放一分钟，也满足“个人选定时间”的条件。

通过与作品实体传播的比较，德国慕尼黑州法院论证了服务器标准的不合理性。书商可以不必自己动手，而是指令印刷厂将印出的书直接送达客户。此时，书商没有进入运送环节，没有在物理上控制图书的转移，但因为印刷厂遵守了书商的指示，传播行为人仍然是书商。由链接商对用户浏览器发出指令，将相应的第三方服务器上的内容加以调取，与此是一样的道理。^[12]

（三）小结

生活中，人们经常把接触网络上的信息称为“访问”或“登陆”，这给人以在物理上离开此地前往彼地的错觉。实际上，用户的一切浏览都不是本人长途跋涉甚至漂洋过海，钻到服务商的服务器里，而是在自己支配的终端设备前完成。通常，数据既可以从某个服务器调取，也可以直接向用户终端传输，在此过程中还可能被分解为多个数据包，通过不同

[10] 参见前引〔4〕，正东唱片诉世纪悦博侵犯录音制品制作者权纠纷案二审判决书；前引〔6〕，王迁书，第340页。

[11] LG Muenchen I, Urteil von 10. 01. 2007 - 21 O 20028/05, CR2007, S. 810f. 我国亦有论者认为：“但不可否认的是，在第三方网站上传作品直至删除的这段时间内，设链网站的行为同样使得公众可以获得作品。”见芮松艳：《深层链接行为直接侵权的认定——以用户标准为原则，以技术标准为例》，《中国专利与商标》2009年第4期，第82页。

[12] LG Muenchen I, Urteil von 10. 01. 2007 - 21 O 20028/05, CR2007, S. 810f.

渠道加以传输。从被调取直至抵达用户终端，数据在其传输之路上存在着各种被干涉的可能，例如受到修改、删减、补充、合成等等，还可以被改变流向，更换或增加接收人，当其抵达用户端，还有一个数据解析与合成的过程。所有这些行为都可以不依赖于对服务器的实际支配而实施。如果将信息网络传播行为局限于“将作品置于服务器供他人访问”，那么诸如在信息传输过程中对其内容加以修改、将原本向A用户群开放的信息转向B用户群传输等同样可以在技术上实现的行为，将面临法律真空。

将作品置于服务器供他人访问，即所谓 make available，这一带有被动等待色彩的行为所以被纳入著作权人的控制范围，原因在于它为用户准备了打开大门的作品仓库，任其各取所需。但另一方面，将信息网络传播行为仅限于这一种行为类型就忽视了技术上的无限可能。信息网络传播权的设立是为了因应新技术带来的用户在其选定的时间和地点得以接触作品的可能性，自带服务器提供作品只是可能性之一种，将运用他人服务器乃至不依赖服务器而提供“选定时间和地点”服务纳入信息网络传播权的范围，才更符合该项权利之设立宗旨。著作权法只是规定“以有线或无线方式向公众提供作品”，并未规定“通过自己的服务器向公众提供作品”，即为明证。

二、著作权法意义上的信息网络传播

无论是用户感知标准还是服务器标准，在认定信息网络传播行为方面都存在着缺陷。为信息网络传播行为寻求一个科学的界定标准，需先从著作权法意义上的传播概念说起。

（一）信息网络传播应为内容提供，而非技术支持

著作权就其本质而言乃是传播控制权。著作权的基本实现方式有二，一是权利人自己传播作品，二是权利人授权他人传播作品，亦即享有选择传播主体的独占权。围绕着作品传播又存在两类性质不同的行为，一类是将作品本身作为最终产品的行为，可以称之为“内容提供”，另一类是不过问作品内容而只为他人的内容提供援助以技术设备辅助的行为，可以称之为“技术支持”。前者如来自电视台、报刊社、网站、演唱会组织者的复制、发行、表演、放映、广播、供公众在线访问等对外提供作品内容的行为，后者如印刷厂、快递公司、服务器、音响设备出租商等主体所从事的业务。

虽然从纯粹技术角度而言，两类主体都进行传播，但是著作权法上的复制、发行等仅指前者实施的传播行为，只有前者是“内容提供”或“作品提供”，也只有前者可构成所谓“直接侵权”。后者则一般不对内容负责，通常只有明知或应知直接侵权的存在时，才就其助成行为承担损害赔偿责任，此所谓“间接侵权”、“帮助侵权”。正如学者所指出的，“在司法实践中，认定网络服务提供者是否侵害知识产权的第一步是区分网络服务提供者的涉案行为是技术服务行为还是内容服务行为……避风港不针对内容服务提供行为而针对技术服务行为。内容服务行为与技术服务行为的区分与直接侵权与间接侵权的区分相对应。直接侵权与间接侵权的二分法非常重要，是建构网络环境下著作权保护规则的基石”。^[13]

[13] 石必胜：《认定网络服务提供者侵害知识产权的基本思路》，《科技与法律》2013年第5期，第79页。就内容提供者，美国版权法施以严格责任，德国著作权法施以高度的注意义务，我国基本上采用过错推定原则（参见著作权法第53条），而对于技术支持者，则一般要求以过错为责任要件。

区分内容提供与技术支持，其标准不在于支持内容传播的技术特征，而在于将内容向公众开放或传播的意思支配。具体来说，内容提供表现为发起作品的开放或有体/无体传输，从而使得行为人处在可就作品本身向用户收取对价的位置上。进一步言，内容提供从行为的角度看是发起作品的开放或传输，从结果的角度看则是处在了可向用户收取对价的位置上。诸如出版社、电台、电视台、书店、电影院、展览馆等发起作品内容的输送、为作品内容而向他人收取对价者均为内容提供者，至于以自己的名义、假冒他人名义还是隐去名义而为之，在所不论。反之，不就作品内容之提供收取对价，不发起、不干涉他人之作品内容传输，只就作品的传输、保管、信息检索等收取对价者，仅是技术支持方。

认定网络空间中的传播行为同样要坚持“内容提供/技术支持”的区分，无论为用户上传单纯提供服务器，还是为网站提供网络接入和传输线路，都属于“技术支持”而非“内容提供”行为，也就不是著作权法意义上的传播行为。在这方面，《世界知识产权组织版权公约》关于第8条的议定声明表示，仅仅为传播的实现和进行而提供物理设施不构成本公约或伯尔尼公约下的传播。^[14]作为网络服务版权侵权责任立法范本的美国千禧年数字版权法（DMCA）以及受其影响的欧盟电子商务指令（2000/31/EC）^[15]都采纳了上述区分。^[16]欧盟指令在其政策考虑部分清楚表示，指令中的免责条款的适用条件是，互联网服务提供商的行为限于传输或临时缓存性质的网络运营和接入服务，且仅以信息的高效传播为目的，其行为是纯技术的、自动的和被动的，互联网服务提供商既不知道也无法控制传输或存储的信息内容。换言之，如果主动造成作品的开放、传输，或者对信息内容加以控制，就不再是网络技术服务，而是进入了网络内容服务范畴。

在2014年针对嵌入式链接所作的Svensson案判决中，欧盟法院认为，依据欧盟指令，所有将作品向公众传播的行为都必须经过版权人的授权。“向公众传播”这一概念包含两项准则，即“传播”作品的行为以及将作品传播给“公众”。就传播要素而言，必须予以广义的解释，从而保证权利人得到指令所要求的高水平保护。为处在某个网站上不设访问限制的作品提供可点击链接，也就为链接网站的用户提供了直接访问这些作品的可能，必须被认为是“提供”，从而构成指令所规定的传播行为。就公众要素而言，它是指不特定数量的潜在接收人，此外还暗指较大数量的人。为作品设置可点击链接，针对的是链接网站的所有潜在用户，也就是不特定的较大数量的接收人，因此满足向公众进行传播要件。^[17]这一观点明显违背了内容提供与技术支持的二分原则。

（二）是否构成信息网络传播决定于技术运用达致的传播效果

无论是内容提供还是技术支持，都要涉及技术和设备的运用，问题的关键在于运用技术所达致的效果。单纯关注网络服务的技术层面，容易忽略服务商通过提供网络服务所输

[14] <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/>，2015年7月22日最后访问。

[15] 《2000年6月8日欧洲议会及欧盟理事会关于共同体内部市场的信息社会服务，尤其是电子商务的若干法律方面的第2000/31/EC号指令》。

[16] DMCA也是我国《信息网络传播权保护条例》的立法范本。DMCA出台以前，美国法院判决的Netcom一案就是以“单纯通道提供”（mere conduit）为由否定了服务商的内容提供者责任，这一判决又成为DMCA的立法依据，其目的在于将免责待遇只给予技术支持商。See Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc., 907 F. Supp. 1361 (N. D. Cal. 1995)。

[17] Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd v. Retreiver Sverige AB, Case C-466/1213/02/2014.

送以及获取之利益的性质。归根到底，法律要规范的并非技术原理，而是技术运用所造成的当事人间的利益分配格局。无论运用何种技术，如果其效果是造成对版权人作品传播市场的替代，就越过了技术支持的界限而步入内容提供之列。同为信息传输，电信公司自己发起信息传输为内容提供，受他人指令而传输则一般只是技术支持，因为前者主动将信息交给用户，而后者只是被动地为前者目标的实现提供条件。

再以搜索链接服务为例，从技术归类上说，一切帮助用户在网络上寻找到目标内容的功能均可称为搜索链接服务，包括提供目标网址、设置可点击链接等。但具体到操作中，不同搜索链接服务的技术效果却有很大差别。仅仅为用户提供一个网络地址，需要用户自行在浏览器地址栏输入以登陆目标网页，其与地图出版商或114电话导航无异，属于联络信息提供者。普通的表层链接在用户点击之后，即完整跳转到目标网站首页，此处的链接服务是一种网络世界的中介服务。普通的深层链接（deep-link）仅仅是对网站的下一级页面设置链接，搜索结果页仍然完整显示了目标访问对象的基本信息和准确网址，点击链接以后，用户即进入被链网站的环境，完成浏览或下载。设链者没有将内容输送控制在自己的页面上，而被链者的次级页面本来也是对公众开放的，当其不打算被链接时，只要在软件中写入相关代码即可。因此，这种链接仍然属于中介服务。^[18] 此类链接服务商也仅就其明知或应知的第三人（直接）侵权负责。^[19]

与这些搜索链接服务相比，所谓嵌入式链接则属于另外一种情况：当用户打开“链接”服务商的网页，不是链接标识，而是内容本身出现在服务商的页面上，作品如视频、音乐等直接在原网页上播放。这种链接有些类似拨打114询问哪家音像店可以买到某专辑，电话里随即传来专辑中的动人音乐。用户对存储于第三方的内容的接触是通过“链接”服务商的界面进行的。一些情况下，用户甚至根本看不出内容是从第三方调取的，即使看到作品上简单的第三方标识，也无从进入第三方页面。^[20]

单纯提供网络地址、普通表层链接、普通深层链接、嵌入式链接在技术特性上都属于帮助用户找到内容，服务商均不在自己的服务器复制存储目标内容。但是，前三类服务商在用户与目标网站建立起联系后即告退出，只能就其中介功能获取对价，而第四类服务商则处在可以就内容向用户收取对价的位置上，因为内容就在其网页上，用户与内容之间的联系处在服务商的控制之下。^[21] 不但如此，用户亦难以从源网站的潜在客户转变为现实客户，反倒成了此类“链接”服务商的忠实客户。此时的利益格局与前面三类情况有重大的

[18] 在 Paper-boy 案中，德国联邦最高法院认定，普通的深层链接不构成德国著作权法第 19a 条下的“使公众可接触”（oeffentliche Zugaenglichmachung，即我国著作权法下的信息网络传播），此种链接仅是对网页的指引（Verweis）。BGH NJW 2003, 3406, 3409; GRUR 2003, 958, 962.

[19] BGH NJW 2004, 2158 - Schöner-Wetten.

[20] 例如，被告网站上可以直接观看涉案视频，涉案搜索结果图示中有“搜狐视频”标示，视频播放页面中有“来自搜狐视频”显示。参见央视国际网络有限公司诉北京百度网讯科技有限公司侵犯著作权纠纷案，北京市第一中级人民法院（2013）一中民终字第 3142 号民事判决书。

[21] “在对第三方网站链接的过程中，被告实施了嵌入式框架技术，将第三方网页的框架和内容嵌入在被告现有的网页中，也就是将含有搜索内容下载链接的页面‘嵌入’到迅雷网站自己的页面中。该技术的实施使网络用户对涉案影片的搜索和下载始终没有离开被告网站的网络环境，也使第三方网站的内容直接为被告所用。”优度宽带科技有限公司诉深圳市迅雷网络技术有限公司著作财产权侵权纠纷案，上海市浦东新区人民法院（2007）浦民三（知）初字第 69 号民事判决书。该案二审以调解方式结案，参见上海市第一中级人民法院（2008）沪一中民五（知）终字第 5 号民事调解书。

不同，相应地法律应当予以区别对待，否则，避风港规则将责任限制仅给予技术服务提供者之目的就会落空。事实上，美国千禧年数字版权法第 512 条 d 项所针对的是信息定位服务（information location tools），我国《信息网络传播权保护条例》第 23 条与之相同，其调整范围可以涵括将用户指引到目的地，却不能涵括主动将目的地搬到用户面前。

简言之，认定信息网络传播行为存在与否，关键看服务商的服务内容是否为作品本身，而不是看用户的作品来源感知或服务器在谁支配之下。用户是否了解内容输送背后的技术，是否了解链接对象是自己服务器还是他人服务器，并不重要。在谷歌案中，地址栏显示的是“谷歌图片”，即使用户知道图片来自第三方网站，也会认为，只要登录“谷歌图片”，即可访问目标内容，由此失去了单独打开第三方网站的动力。即使服务商为规避责任的目的而给出存储地址，由于服务商界面已经提供了接触作品的一切便利，用户通常不会再点击该地址而进入存储商界面，给出地址仅具形式意义。^[22]如果说判断是否存在网络传播行为应当依据“用户感知”的话，那么这里的“用户感知”不是指用户认定作品提供者是谁，而是指用户感知到的是作品本身还是作品的地址信息，前者导致市场替代，后者则否。

（三）小结：信息网络传播行为的多样性

美国千禧年数字版权法第 512 条 a 项为信息传输服务享受责任避风港待遇规定了五个条件，同样的内容完整出现在我国《信息网络传播权保护条例》第 20 条。它们分别是：（1）对材料的传输是由服务商之外的人发起的或按照其指示进行的。（2）传输、提供路由、连接或者存储是通过自动的技术过程进行的，服务商没有对材料进行选择。（3）除非自动地回应用户的请求，服务商没有选择材料的接收者。（4）在为传输而发生的中间或临时存储过程中，生成的材料复制件没有以预期接收人之外的任何人通常能够获得的方式存放在系统或网络上，这种临时存储也没有超过为传输、提供路由、接入所需要的合理时间。（5）材料通过服务商系统过程中内容没有发生改变。这五个条件是对五种行为类型的描述，旨在排除服务商的所谓直接侵权的可能性。服务商对其中任何一个条件反其道而行之，就不再只是服务提供者，而是质变为内容提供者。显然，存在着多种可供服务商选择的行为类型，它们虽不符合服务器标准的要求，却都可以实现“使公众在其选定的时间和地点接触作品”。

如前文所言，基于自己的意思将作品向公众开放或发起作品传输，或对他人发起的传输加以干涉，尤其是改变作品的初始流向，导致发生新的作品传输，属于著作权法意义上的传播。基于这一原则，作为不完全归纳的结果，至少如下行为有构成信息网络传播的可能：（1）基于自己的意思将作品上传于向公众开放的他人服务器。（2）基于自己的意思将服务器中他人上传但未开放的作品向公众开放。（3）将他人上传到自己服务器的作品以自己的名义向公众开放。（4）接受用户指令，从第三方服务器中调取内容。（5）对第三人上传之作品加以编辑处理后向公众开放。（6）受用户指令而进行传输，但对材料进行了选择。（7）将第三方设有访问限制的材料解除限制，向用户开放。^[23]（8）受用户指令而进行传输，但对材料内容进行了变动。（9）自行对用户发起网络传输，例如将特定内容发送至用

[22] 很多情况下，用户即使打开存储商界面也发现并非作品所在页面，而是存储商的首页。

[23] 在 Session-ID 案中，德国联邦最高法院指出，如果权利人采取了技术措施，确保访问者只能通过首页进入网站，那么绕过该措施而对网站上的作品设置深层链接构成侵犯使公众可接触权（相当于我国法上的信息网络传播权）。BGH vom 29. 4. 2010 - I ZR 39/08 - Session-ID, Rz. 27.

户的邮箱（服务器），但自身不保存内容。

无论是服务器标准还是用户感知标准，都不能囊括上述所有行为类型。基于行为的多样性特点，认定信息网络传播行为的总体标准更适合表述为较为抽象的“支配作品的在线开放或传播，使公众可以在其选定的时间和地点接触作品”。

三、通过界面访问作品的代码标准

上文指出，为信息网络传播行为提炼一个十分具体的标准，将很难照顾到行为的多样性。另一方面，就某类相对具体的网络传播形态，则可以探究更为贴近细节的行为认定标准。当下，互联网传播的特殊性在于，它在相当程度上是一种“界面传播”，亦即内容往往或静态或动态地呈现于服务商制作的访问界面（网页）。每个网页在服务器端有唯一的网络地址，在用户端表现为独立的窗口。对于一般用户而言，没有访问界面，作品无从接触，有了访问界面，“在选定的时间和地点”接触作品方为可能。用户感知标准与服务器标准之争主要因对界面的不同认识而起，就界面访问情况下的信息网络传播，可以考虑比之“支配作品的在线开放或传播”更为细化的认定标准。

（一）作为内容调取指令的网页代码：以嵌入式链接为例

网站呈现给用户的一个个网页，其背后都是一组代码。用户看到的网页乃是浏览器对网页代码（源文件）加以解析的结果。用户实现浏览的途径是，在浏览器地址栏中输入某网页地址，浏览器根据网页地址发出指令，获得网页源代码并进行解析。源代码一般是以HTML语言写成的纯文本文件，其任务是对各类内容（文字、图片、视频、音频、动画等）加以描述，浏览器再根据代码的指示去调取、呈现整体网页。源文件中并不存在任何图片、视频、音频、动画等文件，其中存放的只是其链接位置，这些文件与源文件是相互独立存放的，甚至可以不在同一台计算机上。^[24] 由于对网页文件语言如HTML、CSS等的支持程度不同，不同的浏览器在展示同一网页时效果可能有所不同。

从源代码的工作原理可知，相对于代码，服务器只是一个仓库而已，代码才是调动存储内容的“发货单”，网页传播乃是“代码传播”，^[25] 用户使用谁的网页代码调取了内容，谁才是传播者。在法院判决中，我们经常读到“跳转到X网站”或“没有发生跳转”的表述，前者意味着用户调取了新网站的网页代码，从而新网站将成为传播者，而后者则没有发生对新网页代码的调取，或者在调取时进行了干涉，此时传播者首先是原网站。^[26]

在网页上显示对内容的链接和显示内容本身，其背后是两种不同的代码编写方式。以

[24] 每个网页都由一组代码指令控制，通常，在网页空白处点击鼠标右键，从快捷菜单中选择“查看源文件”命令，就可以通过浏览器的默认网页编辑器看到网页的实际内容。可以看到，网页实际上是一个纯文本文件，通过各式各样的标记对页面上的文字、图片、表格、声音等元素进行描述，而浏览器则对这些标记进行解析并生成页面。参见张蓉等编著：《网页制作与网站建设宝典》，电子工业出版社2014版，第3页。

[25] 有关技术原理参见[美] Elizabeth Castro/Bruce Hyslop：《HTML5与CSS3基础教程》，望以文译，人民邮电出版社2014年版，第7、8、13页，第113页以下。当然，代码必须准确书写材料存放地址，这对任何界面服务商都一样。

[26] 美国联邦第九巡回上诉法院在Kelly一案中也介绍了嵌入式链接的工作原理。See Kelly v. Arriba Soft Corp., 336 F.3d 811, 816 (9th Cir. 2003).

嵌入式链接（在 HTML 语言中以 `iframe` 为标识）为例，这是一种将他人网页内容（包括文字、图片、视频、音频）嵌入自己网页的设计。实现嵌入的方法是，在自己网页的源代码中写入以 `iframe` 为标识的目标网页地址，同时对目标网页进行格式调整，例如放大或缩小、屏蔽部分内容等等。这样，当用户浏览器读取含有嵌入式链接的网页代码时，就会直接在原网页上加载第三方网页。A 网站存储了某图片，并通过代码调取的方式在其网页上显示该图片，B 网站不存储该图片，也可以用 `iframe` 指令或其他代码抓取的方法向 A 网站发出调取指令，在 B 网站网页上显示该图片。使用 `iframe` 技术得到的网页效果可以达到与从自己的服务器上调取内容并无二致的程度。^[27] 此外，使用嵌入式链接技术，链接商通常会进行内容挑选，将特定内容或特定种类的内容放入自己的网页，而嵌入的内容如何呈现也是经过链接商设置的。由于嵌入式链接中的代码是要求浏览器在自己的网页上呈现他人网页的内容，此时他人内容是自己网页的一个部分，因此并不会发生网页跳转。与此相对，无论表层链接还是普通的深层链接，服务商在其网页代码中写入的都是链接指令，用户在服务商网页上看到的仅是一个链接标识而已。

从上述事实可以得出的结论是：（1）当前技术情况下，区分内容提供与技术支持，可以观察服务商网页代码的编写方式。一般来说，如果代码形成的网页呈现只是一个链接标识，则属于技术支持，如果代码旨在将内容本身调入网页，则属于内容提供。^[28]（2）使用诸如 `iframe` 技术将他人存储内容纳入自己页面，属于对相关内容的新的传播，这不仅表现为用户调用的是“链接”商的代码，而且内容如何呈现也处在其控制之下。（3）判断嵌入式链接是否构成侵权，可以参照适用有关网页快照的法律规则。如果嵌入内容的呈现对原作品不构成实质性市场替代，例如比原网站的图片分辨率低得多，且网页上给出了原始链接，例如有“点击看大图”的链接标识，可认定为信息检索服务意义上的合理使用，反之则可能构成侵权。^[29]（4）认定内容提供，并不需要以提供者知道提供的具体内容为前提。就此，可以拿转播行为作为参照。转播者截取他人的广播信号，用自己的频率发出，即构成广播行为，是否具体知道广播信号的内容，在所不问。通过代码设置将他人存储的内容嵌入自己页面，亦同此理。（5）嵌入服务商在用户访问时具体说明内容存储于第三方，且给出了网络地址，并不能免于传播行为之认定，理由是嵌入服务商自己独立地实施了网络传播，这就如同转播他人电视剧不能通过说明自己是转播者而洗掉其内容提供者身份一样。

（二）对嵌入式链接及类似行为适用帮助侵权规则的不合理性

对于本来应该以代码标准直接认定服务商构成信息网络传播的案件，适用间接侵权规

[27] 需要指出的是，加框链接与框架或所谓分区技术并不完全是一回事，后者使用的标识是 `frame` 和 `frameset`，它们的功能是对网页加以分区，从而实现独立编辑和相互指引。参见 http://www.w3school.com.cn/tags/tag_frameset.asp，2015 年 8 月 28 日最后访问。

[28] 法院认为：“从被告网站提供的服务看，……被链接网站在该项服务中起到异站存储或外置存储器的作用。被告网站却始终处于信息传播的在线状态。……被告以其网站的名义，帮助用户选定了下载的网站，并控制着被链接网站的资源。”见正东唱片有限公司诉北京世纪悦博科技有限公司侵犯录音制品制作者权纠纷案，北京市第一中级人民法院（2004）一中民初字第 400 号民事判决书。该案二审法院采纳服务器标准，认定世纪悦博公司构成帮助侵权，参见北京市高级人民法院（2004）高民终字第 713 号民事判决书。

[29] 形象的例子参见 <https://developer.mozilla.org/en-US/docs/Web/HTML/Element/iframe>，2015 年 8 月 27 日最后访问。

则会显得十分牵强。^[30]

就嵌入式链接而言,当链接对象为版权人网站时,按照服务器标准,可以认定构成不正当竞争,而当链接对象为第三方侵权网站时,链接商只对“明知或应知”第三方侵权负责。两种情况下链接商占有的是同样的利益,可是对侵权网站的内容设置嵌入式链接,反而比对合法网站如此为之更为有利,适用帮助侵权规则在这里造成了法律的不平等对待。

其次,当链接服务商与存储网站就侵权内容传播存在意思联络时,按照共同侵权的理论,二者是共同侵权人;而服务商借助强大的技术,以用户调取为名,不问存储方的意思,直接将其存储的侵权内容嵌入自己界面时,依帮助侵权规则,服务商却可以声称其与第三方侵权人无意思联系,且为“自动搜索链接”而无需承担责任。换言之,在网络服务商根本不在乎第三方存储内容的侵权与否,而是一概采取欢迎态度,纳入自己界面的情形,反而比之谋求与第三方合作更为有利。

其三,目前的嵌入技术可以让服务商在实施内容嵌入的同时,给出作品的链接标识,造成链接的假象,未来的技术发展则会让服务商拥有更大的数据合成与界面控制能力,乃至实现即时搜索、即时调取、通过自己的界面提供。对这些情形一概适用“明知或应知”的帮助侵权认定标准,等于鼓励服务商竞相采用嵌入式技术,将他人内容占为己有,造成市场的无序。

实际上,对于类似嵌入式链接的情况,我国法院并没有放过服务商,而是在服务器标准的旗号之下,通过破坏帮助侵权规则逻辑自洽性的方式实现了救济著作权人的目的。法院一方面断言,被告提供的服务“仍然属于链接通道服务”,另一方面又称,服务商对被链信息进行了选择、编排、整理,此时其“完全有能力对被链接的合法性进行逐条甄别”,^[31]一旦链接的对象是侵权内容,法院便认定链接行为具有主观过错。这一方法并不总是具有说服力。

首先,在服务商并没有进行人工“选择、编排、整理”,而仅仅通过代码设置以调取特定类型内容时,这一方法即无用武之地。其次,对作品信息加以“选择、编排、整理”并不必然能推出服务商“完全有能力对被链接的合法性进行逐条甄别”。向互联网开放的作品包括文字、音频、视听、图画等多种类型,在数量上难以计数,这些作品中有些凭借其基本信息固然容易判断侵权,有些却殊为不易。服务商制作索引信息时,有些可能使用人工操作,有些则求诸自动程序。即使是人工操作,考虑到网络上作品版权的复杂程度,诸如版权网站、歌曲试听、电影片花、作品版权全部或部分消灭、合理使用、法定许可等例外情形的存在,也不可能仅仅根据作品外部信息逐条识别作品提供的合法与否。^[32]特别地,索引信息中难以避免合法作品与侵权作品的鱼龙混杂,假如要求索引信息制作人还要逐一甄别源网站的合法性这一往往连法律专业人士也倍感头痛的难题,再说这是一项“合理的注意义务”,就未免有揶揄服务商之嫌了。

内容提供者与服务提供者在归责上的最大区别在于,内容提供者须对其发布的每一内容

[30] 适用间接侵权的例子如:“阿里巴巴公司作为搜索引擎服务提供商,经营专业性音乐网站。综合上述因素,依照过错的判断标准,阿里巴巴公司应当知道,也能够知道其搜索、链接的录音制品的合法性。”见水星唱片有限公司诉北京阿里巴巴信息技术有限公司(雅虎网)侵犯录音制品制作者权纠纷案,北京市高级人民法院(2007)高民终字第1184号民事判决书。

[31] 前引[4],正东唱片有限公司诉北京世纪悦博科技有限公司侵犯录音制品制作者权纠纷案二审判决书。

[32] 参见DMCA立法报告:Senate Report, No. 105-190(1998), p. 48.

进行版权审查，而服务商只需在作品的外部信息“明显昭示侵权”或至少“令人发生存在侵权的合理怀疑”时介入审查。一旦要求服务商逐条甄别，甚至断言服务商“完全有能力对被链接的信息的合法性进行甄别”，^[33]就意味着法院已经离开了“合理的注意义务”这一过错归责思路，^[34]不自觉地踏上了将嵌入式链接服务提供者与内容提供者划等号的征途。

采纳了服务器标准的同时，北京市高级人民法院“网络著作权指导意见”又在第7条规定，提供搜索、链接服务的网络服务提供者所提供服务的形式如果使用户误认为该服务商就是作品的提供者，那么被链网站可以依据反不正当竞争法来主张侵权。规定的作出主要针对嵌入式链接，即“链接服务造成的内容呈现不能准确地反映出源网站的存在，导致用户误认链接者就是内容发布者”，于是需要访问相关内容时，不再直接登陆原始发布网站。^[35]这样，链接方就“将原告的劳动成果占为己有”。^[36]这等于是说，被告所以构成不正当竞争，在于其取代原告而向市场提供内容。如此一来，原告的请求权基础落在反不正当竞争法，而其实质理由则出自著作权法。出现这种情况，恰恰由于上述规定以“服务器存储商是唯一可能的作品提供者”为预设，才导致明明已经认定了向公众提供作品的事实，却又绕道反不正当竞争法。

此外，将嵌入式链接认定为链接服务亦难以适用“通知—取下”程序。美国千禧年数字版权法创造了“通知—取下”程序，其基本内容是，权利人可以向网络服务提供者发送侵权通知，要求其取下第三人上传内容或断开与第三方内容的链接。我国法律、司法解释和判决认可这一程序。将嵌入式链接认定为网络服务提供而不是内容提供，权利人将难以利用“通知—取下”程序维权，因为权利人往往并不知道这里存在的是一个“链接”，也就不可能提出断开链接的请求。反过来说，属于技术支持意义上的链接应当是他人明显可辨的，以链接的方法将他人内容嵌入自己页面，不应与普通链接作同样对待。

（三）代码标准与信息存储服务

上文结合嵌入式链接功能提出，认定内容提供与否，可以通过分析服务商的网页代码编写方式来判断，如果代码将他人内容直接纳入自己网页，一般构成内容提供。从字面上看，这一代码标准并不区分服务商的功能属于信息存储还是搜索链接，而是关注网页设计本身。即便如此，考虑到信息存储服务的类型多样，结合具体情况，有针对性地讨论代码标准对于此类服务的适用余地更为合适。

[33] 参见北京舜元坤文化发展有限公司诉中国电信股份有限公司舟山分公司信息网络传播权纠纷案，浙江省舟山市中级人民法院（2009）舟山民初字第2号民事判决书；浙江省高级人民法院（2009）浙知终字第152号民事判决书。

[34] “应知或者‘有合理理由知道’的前提是侵权事实非常明显，即当存在着明显侵权行为的事实或者情况，网络服务提供者从中应当能够意识到侵权行为的存在时，就可以认定其有过错。……只要侵权事实没有明显到网络服务提供者不可能不发现的程度，仍然不能推定其是在‘知晓’的心理状态下帮助用户侵权的。”见陈锦川：《网络服务提供者过错认定的研究》，《知识产权》2011年第2期，第58页。

[35] 见财智网深层链接“外汇币种交易走势图”不正当竞争纠纷案，北京市第二中级人民法院（2000）二中民初字第122号民事判决书。

[36] “由于沈丽使用框架将自己不需要的内容遮盖，仅仅取用自己需要的材料，而同一网页上的地址、电子信箱、菜单条等内容则使用框架加以掩盖并换上自己的，从而将原告鸿宇昊天公司的劳动成果据为己有。”法院一方面认定被告已经将原告“劳动成果据为己有”，另一方面又认定被告违反反不正当竞争法第2条第1款，应当承担侵权责任。参见“IT工作室”网站加框链接“东北人在北京”网站文章不正当竞争纠纷案，北京市海淀区人民法院（2004）海民初字第19192号民事判决书。

先要指出的是,我国《信息网络传播权保护条例》以及案件争议中的信息存储商并非单纯提供服务器空间的设备商,而是自己经营网站,并为用户提供自主生成内容(UGC)页面的网络运营商,例如全球最大视频分享网站 YouTube、社交网站 Facebook 以及我国的新浪微博等等。^[37]即便是用户生成内容,网页的基本格式也是服务商事先设定的,服务商通常都会在这些页面上辟出专区,投放自己的广告,例如新浪博客空间。基于对此类商业模式的认可,法律没有将服务商界定为传播行为人,其实,将信息存储服务商称为半个出版商也不为过。以下对信息存储服务区分四种情况加以分析。

首先,对完全由存储商自己制作的网页内容,存储商为内容提供者,理论实务就此不存在争议。用服务器标准的话来说,内容是服务商制作并上传于自己服务器的。其实,这种表述并不十分准确,没有网页代码,上传于服务器的信息通常是谁也找不到的海底针。更为合适的方法是贯彻代码标准,由于所有内容都由存储商自行以代码安排并处在可调取状态,故其为内容提供者。

其次,内容虽由他人制作或初始提供,但要经过服务商在后台予以挑选乃至加工,再放入网页,此时存储商为内容提供者,就此理论实务亦不存争议。提出的理由通常是,此种情形下存储商相当于传统的出版商,对材料实施了所谓编辑控制。运用代码标准能够得出同样的结论:存储商将他人内容写入了自己的代码,使之处于可调取状态。在这个意义上,代码标准实际上包含了编辑控制标准。

以上两种情况的共同特点是,服务商通过代码设置控制了内容传播,且不问内容制作者的意思,符合“支配作品的在线开放或传播”特征,构成信息网络传播。可见,适用代码标准可以判断信息存储商的行为性质。^[38]

第三种情况表现为,内容由用户制作和上传,服务商不进行具体挑选和加工,但用户内容呈现的区域和栏目由服务商辅加自己的标识,造成这些内容由服务商负责的印象。此种情况构成内容提供还是技术服务,我国学说实务并无明确答案。《信息网络传播权保护条例》第22条“信息存储避风港”要求的条件之一为“明确标示该信息存储空间是为服务对象所提供”,似乎暗示,未就用户生成内容予以明示,则按内容提供者看待。但也有观点对该条件的妥当性予以质疑。^[39]从代码角度看,服务商的确不控制用户内容的生成和呈现,在这个意义上不是内容提供者。但另一方面,服务商在他人内容上附加自己的标识,造成浏览者将这些内容与服务商相联系的认知,而用户只能接受这种“贴标”的做法,从服务商与用户的关系来看,用户行为的利益被归于服务商,因此,服务商也应被视为内容提供

[37] 就网站与传统存储、传输服务商的不同,参见刘文杰:《网络服务提供者的安全保障义务》,《中外法学》2012年第4期,第399页。

[38] 在北京新浪互联信息服务有限公司(新浪网)诉北京天盈九州网络技术有限公司(凤凰网)著作权侵权及不正当竞争纠纷一案中,就播放涉案赛事页面域名 www.ifeng.sports.letv.com 的使用情况,当事人之间存在争议。乐视网与凤凰网认可曾因合作而共建了此域名。在合作期间,乐视公司向该域名下的网页推送视频,但之后双方停止合作。就涉案赛事转播的来源,天盈九州公司提出系转链接乐视网的内容;乐视公司予以否认,但未就此举证。法院综合案件外部事实认定,凤凰网转播涉案赛事的信息源系由乐视网决定并输出。不过,虽然页面的底层域名是乐视,但域名是双方共建的,如果查明网页代码设置情况,判决在认定信息传播的真正主体方面会具有更强的说服力。参见北京市朝阳区人民法院(2014)朝民(知)初字第40334号民事判决书。

[39] 例如,北京市高级人民法院“网络著作权指导意见”第18条只强调服务商不对内容进行编辑、修改或选择,没有提及服务商应对存储空间明确标示。

者，应对用户生成内容的侵权承担替代责任。

在 Chefkoch.de 一案中，德国联邦最高法院发展出“占为己有”标准，从控制网页呈现和权利占有角度论证了服务商的归责基础。其观点可以归纳为，服务商应为自己的内容（eigener Inhalt）负责，所谓“自己的内容”，不仅包括自己制作的内容，还包括服务商占为己有的内容。判断是否存在将他人内容占为己有，需要结合个案相关情况加以整体审视。相关内容虽然是由第三方放在网站上的，但若服务商的所为事实上且在外部明显可见（tatsächlich und nach außen sichtbar）地承担起了对其网站上公开的内容的责任，就是将用户上传的内容占为己有，须作为内容提供者负责。这既包括对用户上传内容加以编辑控制，也包括对用户上传内容附加自己的标识，以及向第三方提供商业利用上述内容的许可。^[40]“占为己有”标准在适用结果上固值赞同，但疏于阐明实施了编辑控制从而依行为标准认定为内容提供者与占有他人内容从而依控制关系认定为内容提供者的区分。^[41]

最后一种典型情况是，内容由用户自主生成，服务商对内容的网页生成完全不加审查，且明确区别于自己的内容，使浏览者能够辨识，例如通过内容分区和显著的提示。此时，原则上可以认为服务商提供的是技术支持，用代码标准的话说就是没有实施代码控制。^[42]

四、围绕信息网络传播发生的著作权法与反不正当竞争法的交际

除了作品、表演、录音录像制品的信息网络传播，网络空间中还存在着对其他信息的使公众可在选定的时间和地点接触的互动式传播。如何看待此类行为，涉及著作权法与反不正当竞争法在规范网络传播上的分工与合作问题。

（一）著作权法与反不正当竞争法的关系

反不正当竞争法之设意在禁止市场竞争主体的不正当的行为，藉以维护公平竞争的市场秩序，但并非一切不正当的经营行为均由反不正当竞争法规制。各类侵犯他人著作权的行为很多属于不正当经营行为，已交由著作权法调整，侵犯他人商标权、专利权等不正当经营行为亦已分别归于商标法、专利法的管辖范围，反不正当竞争法因之更倾向于作为规范市场竞争的兜底性法律而存在。我国反不正当竞争法第2条第1款规定，经营者在市场交易中，应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则，遵守公认的商业道德，即具兜底性调整的意味。故此，在著作权法等法律中已明确的侵权行为类型及其规定，相当于反不正当竞争法的特别法，作为一般法的反不正当竞争法于此不再适用。

另一方面，在特别法未加以调整而市场主体的行为有违公认的市场道德的场合，例如存在明显的搭便车行为，反不正当竞争法则有适用余地。如果一批图书在印刷过程中，印刷厂擅自或受他人指示，在图书封底印上广告，不知情的出版商有权追究指示者的侵权责任。这种情况下，很难说指示者实施了著作权侵权，因为指示者并未从事作品的复制、发

[40] BGH GRUR 2010, 616f.

[41] 国内同样有观点不区分单独提供下的侵权、参与他人提供的共同侵权以及帮助、引诱侵权等类型，统一适用所谓“控制标准”。参见杨勇：《深度链接的法律规制探究》，《中国版权》2015年第1期，第53页以下。

[42] 不过，如果服务商提供支持是更有所图的，例如在其格式条款中要求，用户将上传内容的权利让与自己或与自己分享，并对外发放了商业使用许可，此时，可以考虑依据替代责任的规则要求服务商对用户的侵权行为负责。参见《信息网络传播权保护条例》第22条、第23条“直接获得经济利益”的规定。

行等著作权法规定的受著作权人控制的行为，其利用作品的行为属于搭便车，因此适合由反不正当竞争法加以调整。如果一家电台并不截获对手电台的音乐节目信号，而是用自己的广告节目信号覆盖对方的广告，也属于著作权法视野之外的搭便车行为。

此外，著作权侵权和不正当竞争也可以出现聚合，经营者故意引起用户误认，有可能构成不正当竞争行为，却并不排除同时甚至仅仅构成著作权侵权的可能。例如，被告不区分作品和非作品地攫取原告辛苦收集的信息，从而损害原告的市场地位，加强自己的竞争优势。^[43]再如，被告除了对作品进行网络传播，还造成了自己是作品（版式）原始发布人的用户误认等等。“用户认为链接网站就是内容的原始发布网站”与“链接网站处于向用户提供内容之位置”的结论，并不必然冲突。^[44]

（二）信息网络传播中的不正当竞争行为类型

就信息在网络空间中的互动式传播而言，较为典型的不正当竞争行为有两类。

首先是侵占他人信息的行为，也就是将他人花费大量成本采集的有价值信息直接地、系统地、不添加新的劳动地为自己的营业目的而加以利用，因之改善自己的竞争地位，损害竞争者的利益和竞争地位。著作权的设计宗旨为保护人的智力创造，以此推动文学、艺术的进步，而不是奖励体力或脑力上的辛劳。^[45]这就意味着，网络空间内不构成作品也不构成邻接权客体的信息的传播不在著作权法的视野之内，未经许可地传播此类信息不发生著作权侵权问题。但是，对信息的系统的收集和传输历来需要复杂的组织，耗费大量金钱、技巧和辛劳，从而内在要求某种程度上的法律保障。

早在1918年，美国联邦最高法院在国际新闻社诉美联社一案中明确指出，由于美国的地理状况，国际新闻社可以轻易地从东海岸收集美联社从一战前线采编的新闻，再通过电报发到西海岸，用这种方式，其不劳而获的新闻可以同时甚至比之美联社更早地到达读者那里，这是不正当的竞争行为。相应地，法院也不是给予美联社以收集或分发不构成作品的新闻的垄断权，或禁止对新闻的复制，而只是推迟其竞争者轻易地获取非劳动果实并由此获利。^[46]由此，反不正当竞争法上的侵占理论（misappropriation doctrine）得到确立。世界知识产权组织《伯尔尼公约指南》对伯尔尼公约第2条第8项进行解释时特别说明，新闻类消息即使不受版权保护，也不意味着可以随便偷盗，其他法律手段如反不正当竞争法

[43] 在德国，如果一家报纸不加删节地全部或常规性地采用他人的全部或大部分报道，除了有著作权侵权之嫌，还可能违反（当时的）反不正当竞争法第1条（结合民法典第823条、第826条）之规定，构成不正当仿冒（Nachahmung）。BGH GRUR 1988, 308-Informationsdienst.

[44] 北京市高级人民法院“网络著作权指导意见”第7条规定，搜索链接服务商的服务如使用户误认为服务商就是内容提供者，则被链网站可以依据反不正当竞争法进行主张。一般而言，反不正当竞争法上的假冒的特征是“挂羊头卖狗肉”，即打着他人招牌售卖自己的产品或服务，而上述规定所针对的情况实际上是“挂狗头卖羊肉”，即打着自已招牌售卖他人的产品或服务。当用户访问的信息不构成作品时，上述行为更接近于反不正当竞争法中的搭便车类型。当用户访问的信息构成作品时，上述行为则更可能属于作品提供。

[45] 这是两大法系的一致观点。See Schriker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl., § 2, Rn. 47; Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U. S. 340 (1991).

[46] International News Service v. Associated Press, 248 U. S. 215. 在NBA v. Motorola一案中，美国联邦第二巡回上诉法院指出，美国1976年版权法虽然有排除作为州法的反不正当竞争法的作用，但侵占理论在诸如国际新闻社诉美联社侵占“热点新闻”（hot news）之类案件中仍然有效，具体来说，可以得到支持的主张须满足如下条件：（i）原告花费成本生产或收集信息；（ii）信息具有时效性；（iii）被告对信息的使用构成对原告的搭便车；（iv）被告与原告在产品或服务上存在直接竞争；（v）搭便车行为会削弱信息生产的动力，使其存续受到威胁。See 105 F. 3d 841 (2d Cir. 1997).

可以用来惩罚从竞争者处偷取而不是自己向通讯社订购消息的报纸。^[47]

换言之，对信息采集和传播行为的保护不在于让谁垄断信息，而在于通过禁止信息传播者之间的相互攫取而保证信息采集得以持续，鼓励市场上的及时、定期、可信的信息供给，从而增进公众利益，否则就会出现人们所担心的无人愿意花费成本支出采集信息的局面。如果一家影院在其多个影厅内转播电视台正在直播的足球世界杯，且对每场转播都收取门票，就属于这样的不正当竞争。^[48]此时，攫取竞争对手的信息直接用以提高竞争实力，节省经营成本，构成了反不正当竞争法禁止的搭便车行为。^[49]

网络服务商将其他网站制作的页面合并到自己的页面中，当页面上的内容为作品时，界面服务商的行为构成信息网络传播，而当页面上的内容非属受保护作品时，行为仍然构成对他人网页内容的占有，纵然不能类推适用著作权法有关版式设计权的规定，亦应认定其擅自攫取竞争者的劳动成果而构成不正当竞争。这方面的例子如：一家生活信息搜索网站从另一家生活信息发布网站全面复制用户点评信息并加以原版呈现，复制的比例达到了链接网站用户无需再行登陆源网站的程度。这里的信息复制已经不是为了帮助用户判断目标网站的有用性，加上一个链接标识不过是对复制行为的掩盖。“垂直搜索网站对特定行业网站信息的使用，不得对该网站造成市场替代的后果，否则，其提供的具体形式的垂直搜索服务则可能被认为不具有合法性。”^[50]

其次是误导行为，其典型表现是，通过技术设置，使用户发生信息系侵权服务商自行制作或收集并发布其网站的印象，或者制造用户关于服务商与权利人存在合作关系的误认等。^[51]《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2002〕31号）第16条规定，传播报道他人采编的时事新闻，应当注明出处。从反不正当竞争法角度考虑，新闻机构应当避免造成错误的印象，让受众以为新闻是其自行采集的，实际上却是从同行那里得来的。在互联网传播领域，同样应当防止服务商的误导行为。通过诸如嵌入式链接等设置，使网络地址栏仍为链接商的地址，而内容却来自第三方网站，除了可能构成网络传播，也可能构成误导行为。^[52]

结 语

就著作权法上信息网络传播行为的认定，当前学术实务上提出了相互对立的用户感知标准和服务器标准。两个标准均针对互联网传播的一种具体形态——网页传播而提出，忽视

[47] See Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971), WIPO, 1978; 德国著作权法第49条第2款末句规定的“其他法律规定的保护不受影响”的立法宗旨与此相同。UFITA 45 [1965] 240/282.

[48] BGH NJW 1962, 1295.

[49] Vgl. OLG Hamm UFITA 96 [1983] 265f.

[50] 见上海汉涛信息咨询有限公司诉爱帮聚信(北京)科技有限公司著作权侵权纠纷案，北京市海淀区人民法院(2010)海民初字第4253号民事判决书。

[51] 前引[45]，Schricker/Loewenheim书，第49节，边码36。

[52] 仅仅普通的深层链接不构成误导，因此实务中需要区分普通的深层链接与嵌入式链接。参见前引[35]，财智网深层链接“外汇币种交易走势图”不正当竞争纠纷案；董永森、宋若冰：《深层链接引起的侵权责任——评析外汇币种走势图引发的侵权纠纷案》，《科技与法律季刊》2001年第3期，第120页以下。

了网络传播的多样性。此外，用户感知标准以用户对作品提供者的印象为转移，混淆了著作权法与反不正当竞争法的区分，而服务器标准固执于信息的存储地，没有顾及新技术带来的使用户在其选定的时间和地点接触作品的无限可能。事实上，单纯将作品置于服务器并不能实现用户可访问，若要达此目的，还需要各种技术和协议安排，后者的重要性并不亚于前者。

认定网络空间中的传播行为，需要坚持传统著作权法关于“内容提供/技术支持”的区分。区分的标准不在于支持内容传播的技术特征，而在于将内容向公众开放或传播的意思支配。归根到底，法律要规范的并非技术原理，而是技术运用所造成的当事人间的利益分配格局。无论运用何种技术，如果其效果是造成对著作权人作品传播市场的替代，就越过了技术支持的界限而步入内容提供之列。判断是否存在网络传播，最终是看主体是否处在占有作品市场或者说造成市场替代的位置上。概言之，一切“支配作品的在线开放或传播，使公众可以在其选定的时间和地点接触作品”的行为，均属于信息网络传播行为。

当用户通过网页访问作品时，可以通过观察服务商网页代码的编写方式来区分内容提供与技术支持。一般来说，如果代码指向的网页呈现只是一个链接标识，属于技术支持；如果代码旨在将内容本身调入网页，则属于内容提供。^[53]有观点认为，将诸如嵌入式链接等行为认作信息网络传播，等于创设了一种新的专有权利——“设链权”，意味着对作品设置深层链接是受权利人控制的行为，“实际上将在法律上宣告深层链接这一技术的死刑”。^[54]前文已就此指出，如果设链者除了设置链接（包括深层链接），并不作内容的调取，无须担心追责问题。^[55]退一步讲，即使法律禁止未经许可而设置深层链接，也不等于宣告该技术的死刑。技术原理和技术效果是两回事。一个用C++语言写出的病毒软件遭到法律禁止，不等于C++语言也成为池鱼。嵌入式链接技术本身自然也不存在“死刑”问题，法律最多只是禁止未经权利人许可而设置某些类型的嵌入式链接，对权利人许可或达成约定的情形不但不会反对，倒是乐见其成。还有观点认为，真正的传播者是将作品上传到网上造成公众访问可能的那个人，如果存在侵权的话，也是上传者直接侵权。^[56]无疑，将作品上传于开放服务器的人是传播者，但这不等于传播者必定后继无人。任何已上传信息的传播如果又继续受到他人支配，那么他人就成为新的传播者。

虽然目前的司法实践一再援引服务器标准，但也有一些法官持不同观点。最高人民法院“侵害信息网络传播权司法解释”仅从正面强调，将作品置于开放服务器构成信息网络传播，并未从反面排除其他行为也构成信息网络传播的可能性。因此，在今后的实践中，将注意力更多地放在“使公众可以在其选定的时间和地点接触作品”要件上，服务器在谁

[53] 从这里也可以看出，按照互联网服务的技术特征而划分类型如信息传输、系统缓存、信息存储和定位，进而分别规定避风港，可能已经脱离了互联网发展的实际。网络浏览器提供者、在线播放器提供者、在线安全软件提供者以及P2P软件提供者同样也是网络服务提供者，所有这些服务商都不是将软件一次性地交给网络用户了事，而是通过后台，在用户上传时保持着对其提供的软件的控制或者维持与软件之间的信息交流，并以软件的不断更新为诱饵来维持用户粘性。对于各种类型的网络服务提供者，划定责任的关键在于技术所导致的利益分配效果，而不是技术本身的特征。

[54] 前引〔6〕，王迁书，第345页。

[55] GRUR 2003, 958, 962.

[56] Perfect 10, Inc. v. Google Inc., 416 F. Supp. 2d 828 (C. D. Cal. 2006).

的权利支配下只作为辅助事实，并非没有可能。退一步讲，即便坚持信息网络传播行为与服务器标准是同义语，也仍然可以通过将其他效果相同的行为纳入著作权法第 10 条第 1 款第 17 项“应当由著作权人享有的其他权利”加以调整。我国法院对于此类操作并不陌生。^[57] 2013 年 4、5 月间，德国联邦最高法院审理了一个涉及嵌入式链接的案件。该案一审法院认为设置嵌入式链接须经权利人许可，二审法院适用服务器标准，推翻了一审判决。虽然受到服务器标准的影响，德国联邦最高法院第一审判庭庭长博恩卡姆（Bornkamm）教授仍代表合议庭表示，法庭倾向于认为，嵌入式链接应当受“无名公开传播权”调整，因此应取得权利人许可。换言之，法庭认为嵌入式链接也属于内容提供行为。^[58]

Abstract: There are two different types of communication of works. One is the provision of works as end product, which can be called “content provision”, and the other concentrates only on technologically facilitating “works provision” regardless of the content of works, which can be called “facilities support”. The standard for distinguishing content provision from facilities support lies not in the technological characteristics that support content communication, but in the control of will in the transmission of content to the recipients. More specifically, content provision means making the works available or transmitting them to the public, thus placing the actor in a position to collect fees from the user. The right to network communication of information is aimed at adapting to the possibilities brought by new technologies for network users to access to works at the time and place they choose. Provision of content through one’s own server, however, is only one of such possibilities. It is more compatible with purpose of this right to recognize any provision of works that gives users such access, by making use of someone else’s server storage or even not using any server, as falling into the scope of this right. As far as webpage communication is concerned, content provision can be distinguished from facilities support by observing the way of code writing. Generally speaking, a communication is facilities support if the code refers to a linking symbol, and it is content provision if the code is meant to incorporate the content itself into the webpage.

Key Words: network communication of information, server standard, user feel standard, iframe, webpage code

[57] 由于我国立法者对《世界知识产权组织版权公约》（WCT）第 8 条、《世界知识产权组织表演和录音制品公约》（WPPT）第 10 条、第 14 条的片面移植，造成互动式向公众传播进入著作权法，而线性向公众传播付之阙如。就网络环境下的线性向公众传播，即作品的提供已排好时间表，如同电台电视台那样“播放”之行为，经由司法实务努力，这种传播形态被纳入“应当由著作权人享有的其他权利”之中。参见北京市高级人民法院“网络著作权指导意见”第 10 条。

[58] BGH I ZR 46/12. 本文将“ein Eingriff in ein unbenanntes Recht der öffentlichen Wiedergabe im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie zur Informationsgesellschaft”暂译为“无名公开传播权”。谨慎起见，德国联邦最高法院于 2013 年 5 月将该问题提交给受理了 Svensson 案的欧盟法院。最终，欧盟法院给出了新公众标准，这在立场上与德国联邦最高法院是有分歧的。<http://www.new-media-law.net/bgh-haftung-frames/>, 2015 年 8 月 20 日最后访问。